

訳

ヨゼフ・エッサー『原則と規範』（二）

本稿は、Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung der Privatrechts, Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsgutachten- und Interpretationslehre, 4. unveränderte Auflage (1990) の著者と出版社の承諾を得ての翻訳である。但し、第一編第四章までは 3. unveränderte Auflage, 1974 によった。

米 山 隆（訳）

目 次

第一編 私法における普遍的な法原則の現象形態と法思想の現象形態

第一章 題目の限界と意味

第二章 法律学的な原理の力の場としての裁判官による法の形成（以上第一巻一号）

第三章 我々の問いかけの提起にとつての比較法の意味のために

第四章 普遍法原理の概念と本性に関する暫定的仮定（以上第二巻四号及び第三巻一号）

第五章 実定的憲法原理の裁判官による法形成のための意味（第三巻二号）

第二編 法における原理の分類と類型決定の試み

第六章 狭義における法原理の類型（第三巻三号）

第七章 法発見の原理

第八章 法原理・法的範及び法源の關係に関する普遍的なこと（以上第三巻四号及び第四巻一号）

第三編 法典化された私法の定立における法原理の役割と裁判官のつくった法における法原理の役割

第九章 法典化された民事法における原理と法規範（第四巻二・三・四号）

第十章 判例法における「原理と規則」(第五巻一・二号・三・四号及び第六巻一号)

第十一章 公理的に方向づけられた法思考における、また、問題をもつて方向づけられた法思考における原理の役割を比較してゆく考察(第六巻一・二号)

第四編 大陸の裁判官の普遍的な法原理形成のための召喚

第十二章 創造的な解説と法の発展形成の基礎として普遍的な法原理(第六巻三・四号及び第七巻一号)

第十三章 大陸の法曹法形成における原理と先例との関係(第七巻二号)

第十四章 法律学的に発展させられた原理の法の安定と継続性のための意味(第八巻一号及び本号)

第十五章 法学の法律外的な原理の展開に関する関与(第九巻一号)

第五編 超国民的な法共同体のための宇宙的な法原理の将来の意味

第十六章 国民的な法の變遷における原理の運命(第九巻一号)

第十七章 より多くの法秩序の間の場における原理の地位(第九巻一号)

第五編 超国民的な法共同体のための宇宙的な法原理の将来の意味

第十六章 国民的な法の變遷における原理の運命

1、法原理は合理的な自然法において存在——必然性として、あるいは思考——必然性として永遠であるかも知れない。実定法の原理として法原理はそうではない。法原理は実定法の体系の価値秩序と構造の變遷に關与する。そして法律学的方法のこれらの実定法的な価値原理と上部構造原理について我々はここで語るのである——たとえ我々が国民的な特殊な解決の彼方で文化法の「宇宙的な原理」をさがし求めるとしても。時代に拘束されないのは決して国家によって創設された規定の彼方にある「あきらかな」基本権と基本原理ではなく、あるいは正当防衛と緊急避難のような「自然の」法によって与えられた特権ではない。諸々の解決が一致することはしばしば驚くほどであるが、しかし、同様な社会的關係及び文化的關係のもとにおいてであり、いいかえれば「事物の本性」の内在的な法則性がひとしいかぎりにおいてである。他面において、ひとしい価値の解決に到達するひとしい必要は無条件に常に必ずしもひとしい教義学的な形相において表現されない。ここには歴史的な特性の、体系に条件づけられた変容の、

S. 328 また、政治的な顧慮の分野がある。これらのことはまた空想的自己陶醉の原理を高くかかげることか、あるいは原理に迎合することをつまらないこととみるように無理強いすることがありうる。このことは問題の内在的な合理的同質性の像と問題の解決の道程の自然の限界の像を曇らせる。⁽³⁾ 継続するものを強調することは、あやまって歴史的なものの上に置かれる。

しかしながら変ることがないものではないということは大きい法典編纂における「国民的な解決の原理」であり、また法典編纂の歴史的に基礎になっている価値観である。⁽⁴⁾ 白地概念(「信義誠実」、「公序良俗違反」、「婚姻違反」、「人身の自由」などはつねに役に立つことはもちろんであり、また、それとともに実体的な評価の割合は時を越えてその意味を失わないことを見せかけている。⁽⁵⁾ 安定してみえるのはまた「すべての法の」、「最高の」価値原理と上部構造原理である。しかし、これらの原理の目的(「法的安定性」)に対する「自然的正義」、「期待可能性」に対する「契約上の信義など」が一致しないこと(「二律背反」)は歴史的に妥協形成においてつねに新しい変種を無理につくるのであり、いな、二律背反の一方的な承認は実に転化の現象あるいは全部の法の構築の二元論をよび起すのであり、それは我々がそれを厳格法と衡平法のイギリスの並存とローマ的並存において持つのと同様である。⁽⁶⁾ 「正常な」逃げ道は所謂実定的な体系の最後の価値原則、法的安定性、公共の福祉などの間における個々の問いかけのあ選択的な衡量であり、この衡量は最高裁判所の裁判官の文言化にとって特記すべきであり、⁽⁸⁾ また、これらの原則の二律背反に際して避けられないものである。⁽⁹⁾

S. 329

現代の制定法は「一般条項」において広い逃げ道を発見したのであった。それはちょうど厳格法の価値公理の学が形式的に毀損されないで保たれることができると同様である。その上部構造と自律との外的な衝突なくしてこの衝突に抵抗してゆく法倫理的な評価は制度の「内的な側面」としてこの評価によって開かれる。⁽¹⁰⁾ 同様なことは倫理的な評価のために開かれた各々の白地概念について、いな、外見的に純粹の「技術的な」法概念自体について——物権法の、あるいは訴訟法的方式独裁に至るまで通用するのである。これらの評価が軟化させられないところでは、最高の救済手段として「悪意の抗弁」、既判力の「詐取」の異議、「方式濫用」の異議などのような形相へさかのぼってゆくことが残るのである。現代の立法技芸は「苛酷」の概念のなかに新しい法技術的な道順をさがしている。また解釈学説は、確実性の理由から「内的側面」を無視する古い厳格法概念と並存して、その場合(例えば、「原因」の概念と並存して「行為基礎」の概念のように)個別化された正義を実体的な正義の尺度にしたがって承認させるこ

S. 330 とを強制されることができ(11)。現代の解説の研究は、裁判官は法典化された制度の閉ざされた体系においてもまた彼の解釈の際既に無意識に価値を妥協させることの時代にふさわしい衡量によって導かれるということを遂に証明したのであつた(12)、このことはコモンローの法律家が先例を選択をもつて、また、先例をくつがえす際そのようにすることと異なることはない(13)。厳格法と衡平法の「双生児的な並存」は今日古代的と推定されるのであるが、しかし、より古い司法のより少い解説の自由に一致する。このことは「最高の法価値」のとどまつて変ることのない法律違反性(「二律背反」)を最もあきらかに特長づけるのである。

2、何を人々は、それゆえ、国民的な法原理、それでなければ「法の最高原則」のみを法典編纂にとりあげるためのくり返された提案と試みから保つべきであらうか。全く何も無い！裁判官の根源的な叡智とその技芸は幸いにも法律公報の印刷インクから免れている。国民の「基本権」を綱領的に数えあげることは煽動者のすることであり、また、法律家はこのような城の正面のうしろへ屋根の下での現実の法の必然性という今しがたまで住むことができた小屋をもたらず悪く考えられた課題だけを持つのであり、——この小屋もまた風雨に耐えるものではない。現代の憲法条文における矛盾にみちた、それゆえ信頼のおける基本権を時代から遠く、また「学問的に」編成することはなんとも混乱している(15)。自律的な法の叡智と法律家の伝統を同化することを通して全体主義的な体系の政治体制の過ちのないことをめつきするこの体系の熱心さはなんとうさんくさいものである(16)。国家によって創設された権利の文書による承認の価値に関する今日のしらがが法律学的な価値秩序の物的原理に及ぶべきであつたとするならば、なんとも不幸なことであつた。また、よりわずかの年の影響のもとで訂正を要求する内容的な価値原理を固定することはなんとも意味のないことであつたし、いな、有害なことであつた(17)。真理は立法を通してではなくして、つねに再検討してゆく研究を通して真実になる。しかし、真理がこなごなにされた破片の目録は真実ではない。

法生活は、組織者の言語において、一時的な状態ではなくして、文化発展の一片であり、新陳代謝である。生命力のない細胞は突き離される(18)。不可欠の根元的な形式、例えば債務契約は新しい秩序課題を持つ新しい経済構造のもとで新しい意味を取得している(19)。いかに多くの変遷を契約の自由は甘受したことであらうか(20)。このことはいかに多く経済体制と労働体制によってのみならず、内部から「信頼原理」の新しい観方を通して完全に変更せられる(21)。いかにも基礎とすることに関して最近のうちに我々の責任義務尺度が変遷した。過失原理は王座を奪われているということを言うことは充分ではなく。あまりに古くなりすぎているゆえであ

り——いな、このことは責任原因の、また、日常の危険の、また、営業の危険の一種の「社会化」を設定する。(2)

3、法原理はその自己の世界に生きるのではなくして、「生活の社会的傾向」のあとにつづくのであり、今日「人間的な歩み」は「新しい安全の概念」とともにこの傾向の特長ある進行の一部である。(3) この進行は、それがまずはじめに最もよく手をつかみうるようにあらわれるのは事故法にのみ固有なものではなくして、たとえつねに公的な経済体制が姿をあらわすとしても、それは我々の全部の社会思考の合理化と計画性を特長づけるのである。(4)

S. 332
別のメルクマールは法を倫理化するための新しい走りだしである。拘束のない社会的な義務と裁可された法律上の義務との間の距離は、これを自由主義が強調したのであり、社会的な確信と裁可がその作用を失ったにつれて、消えたにちがいない。今日のより緊密な「社会的な」接触は伝統的な社会的な組織構成の濃密化にもとづくのではなくして、集中化された取引と大衆接触の政治的な、文化的な、また、工業——技術的な手段にもとづくのである。古い家父長的な、あるいは、身分的な義務思考が組織的な責任を通して代るとともに新しい責任原理が法律学的な平面上に発生する。「企業」と「組織的」の外部でもまた「新しい社会思考」が示される。好意による行為はもはや自由な法律家の無関心を計算に入れてはならない。法的な法性決定のない真正の鄭重さはますます稀になつて(5)いる。社会的な救助義務はもはや単純な「人間の友誼性」のことではない。今日もなお「個人主義的」として通用している大陸においてさえ、北アメリカにおいても同様であり、「特殊な関係のもとにおける仲間の助けの新しい法律上の義務に席をゆずるために、開拓者時代のくよくよ気にしないことの残滓はみるみるうちに消えている」。(6)「不法行為責任の基礎としての他人を助ける道徳的義務」は間もなく取引法において中心的な意味を取得した。(7)

S. 333
社会的な直観の変化において、「事実上の契約作用の」、「大綱的義務の」また「忠実義務の」承認から上述のところできとり扱われた裁判官による干渉主義の増加に至るまで、我々の契約原理の変遷もまた理由づけられる。「困難は債務を無効としない」ということは現代の法律家にとって耐えることができる(8)形式の観点である。ここで法原理の「年をとってゆく過程」に関する表象をもつて役立つことはなくて、むしろ役立つことは経済生活の現実であり、これは新しい現象とともに新しい考察方法に至るのである。債務法における裁判官による変更主義の侵入は、それが「予見できないことの理論」としてであろうと、当事者意思の擬制(黙示の解除条件、黙示の条件)としてであろうと、契約の救助、行為基礎の脱落の際の変更としてであろうと、あるいは単に補

完的な契約解釈としてであろうと、古風な予防法学の枠のうちでは全く考えられないことであつた。このことは現代の危機の問題性を持つが、しかし、また大衆契約と複合契約の技術、「附従契約」を特殊な独占傾向をともなつて前提として持っている。ここではじめて裁判官の公的な形成の授権のための立法的な改革もまた緊急なものとなる。⁽³⁰⁾

同じ社会的な平面上で解説公理における今日の变化のための原因、「客観的」にしてまた目的論的な観点の侵入があるのであり、この観点は注釈的な意義において純粹の擬制のままにとどまる。「危険説」のために工業化過程の侵入は容易に至るところでひとしく自分のまわりをとりまく力として証明される。⁽³²⁾経営危険の全部の学説は個人の運命を我々が全体化することの反射であるにすぎない。社会的に相当な危険負担の定式を求めることは道義的に無関心な法曹の姿勢からの離反を特長づけるのであり、この姿勢は古いスタイルの民事裁判官を彼の公理と同様にきわたせるのである。⁽³³⁾裁判官による問題思考を新しくすることは法倫理的な内容をもって構造概念をみたすことに至るということを示唆するために、我々は法概念の実体化について語ることができる。

S. 334

しかし、それでは充分でない。正しい危険分配の、あるいは許容された権利行使の原理は単に債権法と物権法における相当な「司法管理」の価値を高めることのみを条件づけるのではない。価格正義（莫大な損害）の、あるいは相隣権の問題における自然的な問題設定の再生は制定法的な「一般条項」の枠内においてのみ作用効果を及ぼすのではない。一般条項の最も深い侵害は債権関係の、また所有権自体の教義学的な概念で行われる。⁽³⁴⁾「古典的な」概念の意味は苦しい死亡をするのであるが、この意味に作用を及ぼしてゆく社会的な力は譲歩することのないものである。我々の原理を改造する「生活の傾向」は教義学の前で立ち止まることをしない。各々の新しい特殊な問題性とこれとともに発見された社会的な秩序課題は全部の教義学にさかのぼって作用を及ぼしている。

4、古い解釈学説の安定係数を今日もまた過少評価してはならないことはもちろんである。教説の建物はまた空虚な建物として、長い間、今もなおそのかたまりとして立ちとどまっている。「特殊な領域」を特別に形成することは隣接して新しい概念と原理に入植することであるかも知れない。しかし気づかないままに新しい形成は古い建設を細くうち砕くであろう、その理由は、古い建設はもはや現実の経済生活によって耐えられないし、⁽³⁶⁾また、それはわずかに地下室の質素な人々によって住まわれるであろう——おそらくくだわすかな教授によって、これらの教授はこの地下室の廃墟のなかで古い様式の葬儀をもって大きい家をつくるのである。

S. 335

S. 336

第七章 より多くの法秩序の場における原理の地位

1、我々が国際法において、また、国際私法において普遍的に承認された法原理の統一的な力の上に置いた希望は、原理が作用する前提を洞察することを通して、すなわち、共通の解釈学説上の伝統を伴う統一的なカズイステイク、普遍的法律要件からではなくして、できうるだけ多くの特殊な法律要件から法発見をする方法を通して、すこし和げられる。我々は、しかし、国際法と

S. 336

な「原因のみを知っていた法域においてもまた同様であった」⁽⁴⁰⁾立法技術はただわずかに資料において図式的に固定した、また、数字的な法律要件を使用するということが全く普遍的に言われることができるのであり、その場合規範的に固定することは安全利益において避けられないことである。しかし、社会的な基準、経済的な組織と文化価値に反応してゆく共通の意見が法の尺度を決定してゆくところでは、立法者は正しい利益調整を裁判官による基礎形成と先例の作用にゆだねるのである。

一般的に今日の民事法の解釈学説はこのような独断性を超克したのであったし、また、その原理を立法的な、また、司法的な実務から管理するように熱心につとめている。教説文言と実務家思考との間の深淵は両側面から絶えずいっばいにみたまされる——ともかく新しい問題思考の叙述された過程を通して。法律の図式への時代に条件づけられた侵害のいかなるものも学派的教義学的な表象への後まで残る作用なくして完全にとどまってい⁽³⁷⁾ない。その際、構成的な思考が体系概念を新しくしてしま⁽³⁸⁾うまで、最初の媒介者を演ずるのは古くから真実であることが証明された観点であり、同様に「事物の本質」である⁽³⁹⁾。このような架橋の事象への最もよく知られたベースメイカーはその記述的な法律要件の形成のための全権を与えられた一般条項と基準である。記述的な評価の自由が増加してゆくことこそは新しい問題の際裁判官法形成を特色づけるのであり、また、この領域は法式書の作成の事実訴権の範疇と比較されたのは不適切ではな⁽³⁹⁾かった。

法領域の政治的な、また、宗教的な徴候のために原理の開かれた再検討をおそれる領域が存在する。ここでその場合、教義学的

な適応の正常な過程、また、概念的な法律要件の洗練と是正の正常な過程は人を待たせるのである。立法者にとってもまた記述的な裁判官による評価をとめ金として古くさくなつた規範的な法律要件の間に設定する技術は歓迎される。このことは、例えば到る

ところで意味のあきらかな所謂「相対的な」離婚原因の侵入を説明するのであり、イギリスの法域と同じように従来から「絶対的

な」原因のみを知っていた法域においてもまた同様であった⁽⁴⁰⁾立法技術はただわずかに資料において図式的に固定した、また、数

字的な法律要件を使用するということが全く普遍的に言われることができるのであり、その場合規範的に固定することは安全利益

において避けられないことである。しかし、社会的な基準、経済的な組織と文化価値に反応してゆく共通の意見が法の尺度を決定

してゆくところでは、立法者は正しい利益調整を裁判官による基礎形成と先例の作用にゆだねるのである。

国際私法が存在しないとするならば、少数の裁判上の生産を伴う、また、しばしば破壊された歴史的な——教義学的な共通性を伴う超国民的な法分野に欠陥が存立していると言うことはできない。共通の法的確信を形成することは、したがって本質的に異なった方向にそれてゆく教義学的な概念と形相のもとでも国民的な実務の符号に依拠している。しかし、まさにこの併発こそ幸運にも、我々が見たように、裁判官による問題原則の領域においてますます強く接近させられた社会的な基準と価値表象を通して容易にさせられる。超国民的な法はつねに法曹法であった。今日でもまた宇宙法を形成することはすべての根元的な問いかけにおいて解釈学說的に気ままな法典編纂のイデオロギーにおけるよりもここではよりよい培養基を見つける⁽⁴²⁾。しかし、もしも国民を越ええる法廷の義務にならないとすれば、このような宇宙的な確信を積極的に形成することは以上と異なって誰の義務となるのであろうか。常設国際司法裁判所の定款第三八条第三項の場合既に同様であった。すなわち、「法源」は、ここでは、今なお存立していない国民を越ええる慣習でもなく、国民の解釈学説と実務によって形成された「原理」でもなく、その存在の前である原理が既に仲裁裁判所によって基礎とされた授權してゆく定款ではなくして、はじめてこの裁判所から成長してゆく国際的な司法である⁽⁴³⁾。たしかに

S. 337

「原理」は規範的な力を持つにちがいないことはいうまでもない——いかにしてもしもそうでないとすれば違法として認識された行為に対する法的な制裁を承認することができ得るであろうか。国民的な法の基準は宇宙的に知られた原則の枠のなかで国際法的な取引の基準としても顧慮されるということと定款第三八条第三項の物的な指示が述べている。この国際法の根本規範を侵害することとは判決宣言あるいは鑑定においてより詳しく性質決定された不法を理由づけている。具体的な国際法規範はその場合——たとえばに「確認してゆく」にすぎないとしても——国際的なカズイステイク、普遍的な法律要件からではなくして、できうるだけ多くの特殊な法律要件から法発見をする方法をもってあの宇宙的な原理が形成されて、我々にとって今よく知られた規則と原理との関係にしたがって法律学的な法形成の性質に一致する仕方でもこそ創造される⁽⁴⁴⁾。法発見は方法に従えば判例法であり、イギリス的な意義において先例の拘束してゆく權威を欠如しているにすぎないのであり、また、規則は国際的な法律学の甚だあまりに乏しい固有のカズイステイク、普遍的な法律要件からではなくして、できうるだけ多くの特殊な法律要件から法発見をする方法から推定されるのではなくして、内容的に歩み寄ってゆく国民的な実務の比較法的な考察から推定されるのである。

2、国際私法において法性決定問題の「普遍主義優越的な」解決を可能にするのは上述の視界であり、一元的な、また、二元的

S. 338

な学派の順位の争いと範疇の争いから遠くはなれて法律学的な根本概念の共通性において国家外的な根本概念の「自律的な」平面を見るのは国民主義的な学説の向うにある。「第三の」⁽⁴⁶⁾方向である。国家主義的な姿勢の法理論的な唯我独尊主義は十分に政治的な法実証主義の排他性の要求に一致するのであり、法実証主義は絶対的な属地法主義のなかに姿をあらわしてきた。この点において、イギリスの解釈学説のみは首尾一貫しているものであり、それによれば他国の規範ならば「国際儀礼」からのみ顧慮されるであろう一つの学説は一七世紀からの沿革を否定していない。イギリスの学説は、それとともに、二つの「規範的な体系」の結合性のため学派の争すなわち、グノーシス派の異端的キリスト教の可能性のための争を一般に無視してよいのであり、この可能性は国家によって創設された秩序領域から一般にその他の法概念を拘束するものとして認識するのであり、この法概念は大陸の領域においてあの実証主義を「認識理論的なもの」(新カント的な意義において)へ移転するのである。⁽⁴⁸⁾

しかしながら仔細に考察すれば、このことを通じて問題提起はあとにつみ残しているにすぎないことが示される。すなわち「合理的な原理」としての国際儀礼の承認につれて再び国家を越えざる秩序平面に歩みでたのであり、この平面は「自然法的」という標語をもって残念にも誤解されて特質があらわされるのである。国家を越えざる秩序平面のなかで、その場合、適当に法性決定の概念もまた求められるにちがいないし、この概念は引用の技術が機能することをすべての関係する個々の秩序から可能にするのである。⁽⁴⁹⁾

後者、すなわち、国家を越えざる秩序平面はその歴史的な概念形成においていつも対自的にそれを行うことはできないということ、は、構造を越えて理解し合うという課題のなかに理由づけられて横たわっている。国家によって創設された国際私法の移送規範は、各々の法規と同様に、その命令内容において規範機能、秩序課題を通して決定される。しかしこの規範は単に自国によって創設された法によってのみ文言化された法律要件を通して表現されるのではなくして、価値判断されるべき生活関係のまた自国の、あるいは他国の法の管轄にとって基準となる法概念の国内的な法の分枝を度外視してゆく法律学的な法性決定を前提としている。衝突の事案においてこの法あるいは法の法が適用されうるかどうかの問いかけは、法律関係の分類の可能性(扶養義務あるいは一般的な婚姻の効果、生前契約あるいは遺言相続)に依拠するのであり、この可能性はそれらの側で内的に緊密な関係のある法にゆだねられることはできない。当該の法律関係あるいは問われている法律行為はその固有の性質に従って性質が決定されるべきであり、

S. 339

国民の特色づけに對する決定が下るまでのことであり、この特色づけをすれば物權的な解決が既に確定されるであらう。⁽⁵⁰⁾ 國際私法は、別言すれば、法律學的な性質決定を前提とするのであり、この決定は国民のつくる法の教義學的な構造から獨立しており、この法は当該の引用概念あるいは連結概念を使用する。⁽⁵¹⁾ 法律關係の「權限のある」内部的な秩序に從う着色は法性を決定してはならないのであり、この法性の助けをもってはじめてまさに權限こそが究明されるべきである。⁽⁵²⁾

S. 340

一つの法組織の「本質」を構造から自由に決定するための基準は法制度の教義學的な地位からではなくして、より多くの関与させられた法領域におけるその地位の共通の機能からのみ推定されることが出来る。一つの形相のこの課題と作用の仕方は、歴史的にはそのように異なるひとしい価値を持つ制度の刻印の「原理」のための鍵として比較法的な考察に役立つのであって、この形相が教義學的に衣服をつけることが役立つのではない。衝突規範概念を事物の規範の持つ意味のひとしい概念から解放することの意義における RABEL の自律的な意思の自由の學説は相異な方向がそれた構造を持っている國民のつくった法の形相の背後にこのような共通の機能⁽⁵³⁾を把握する可能性とともに立ち、また、たおれるのである。その理由は、歴史的な——固有性を全く否定的に閉めだすことも接続概念の正常な獨立的な専門用語を形成することはいずれも充分でなく、その際実體的に効果のあることは内容的な公分母へもたらされるにちがいないからである。概念は、その歴史的な浮き彫が無視されることによって、比較されうる必要はないのであって、法的な秩序事象自体が遍在する現象として、しかも一般に、すなわち、把握された生活關係のためのこの事象の意味において、またさらにこの事象によって關係させられた秩序の問いかけに對するその必然的な反作用において理解されるにちがいない。

事實上の法の比較がなければ（「機能的な比較法」）裁判官は衝突秩序の「抽象的な」概念をもまたたんにこの概念の物權の秩序とこの秩序の上部構造からのみ理解することが出来る。⁽⁵⁵⁾ この秩序にとって構造的に疎遠な制度を、一方において裁判官は物權の秩序にのみ關係させることができるのであり、この秩序から制度は「由来するのである」。⁽⁵⁶⁾ しかし、引用規範が前提にしているように、いかにして裁判官は宇宙的な制度の共通概念を理解すべきであらうか。例えば EGBG 第二三条の意義における「後見」の概念はより狭い國民のつくったドイツ民法典の規範にもまた、例えば適用されるべき外國の法の形相にも縮限されることはできない。それはまさにこの權限自体の問いかけが討議されている範囲内のことである。

ここにあの「自律的な意思の自由の」学説の意義における意味のひとしい形相の宇宙的な原理を求めるためにはずみが横たわっているものであり、また、この原理はこの学説のいう国民のつくった体系において方向がそれてゆく構造にされた制度の同じ種類の機能を通して以外のいかなるものを通してでも決定されることはできない。⁽⁵⁷⁾ このことは「解説の事象」と呼ばれることができるのももちろんであるが、法教義学的なものから法会学的なものへ歩みでるといふことがあきらかでないならならぬ。というのは、ここで尺度に高められるものは、個別的な形相の現実の作用の仕方であり、すべての解釈学説的な着衣の向う側に「動いている法」の固有の司法的な伝統を通してあらわされている仕方である。実定的な法形態とその概念はその固有性においてこの宇宙的な課題の、また、特殊的に国民的な評価の、解釈学説的な、また、方法的な条件の成果であり、この条件は概念の立地点と作用範囲を決定する。概念の歴史的にして社会学的な——いずれにしても「メタ法律学的な」——評価なくしては、我々は、それゆえ、KAHNが「同一規律で計れる法律関係」と名づけている「内的均質性」を確認することができない。このことこそフランスの解釈学説をしてこの学派の「非学問性」に対する論争にうながすのであり、この学派ならば、このように同じ意味とすることにつき「従来からあまりに心配そうに論理操作」されていることにつき文句を不法に言っているのである(RABEL)。その理由は、このような種類の抽象的な比較法には「方法」が欠けているということである。⁽⁵⁹⁾ 比較法の「経験的な」寄与は一つの「体系」を形成することはできないということである。国民のつくった個々ばらばらの一致しない形成物に対して宇宙的な文言化のためには正統化と同様に教義学的に概念的な実務が欠如しているといわれている。研究の仮定として宇宙主義は迷をさませるにちがいないといふべしそれは天才的にひびかせるであろう。その理由は、各々の法の比較者はそれでも知らないうちに自己の学派思考から外にでて、彼の法廷地の法の概念世界を縁の遠い構造に担ぎこむであろう。国際的な実務がはじめて共通概念をつくりあげ、また、統一法は適合の事象と真正の共通法形式の前提ではなくして、その産物である。⁽⁶⁰⁾

この最後の点において MAURY は全く正しいのである。しかし、普遍的に承認された内的な法原則の内容的な「比較可能性」をしてその構造的な相異によって挫折せしめることなく、国際法はそのような法原則に関係するのであるか。ここでもまた法曹法は生ける法にならないのであろうか。おこなわれていることは全く同様である。しかし、学問に関するかぎり、我々にフランスの「比較法学」こそ純粹に個別的——実証主義的な並列を克服するための最も希望にみちた端緒を提供する。すなわち、

S. 342

SAVATIER と MAURY 自身が定着させた真の法社会学的な考察、Henri Capitant 協会の集会での報告が我々の面前にひろげ
た方向を異にするそれた体系における裁判官による法形成系列の分析、BOULANGER が品格を高めた普遍的な法原理の役割を熟
考することである。大陸の側から現実主義的また国民を超えて「比較法学」のための苦労はこれ以上元気をださざるものとして
全く支持されることはできないのであり、この法学は私には教義学的な根本概念の効果のある内容に関する理解への唯一の道程で
あるように思われる。

構造的に個々ばらばらの一致しない法の形相の機能を比較することは空想的な「抽象的な同一の共通のもの」のための思弁より
もはるかに実務的なものであり、MAURY がこの空想を非学問的と名づけているのは正しいことである。彼が他面においてしかし
また実務の「全く経験的な」比較を宇宙的に使われた法原則の内容の決定のため学問的な道程として通用させようと欲しないとい
うことは（しかしさてこの学問はどこにあるのであろうか）、私には二つの誤解にもとづいていと思うられる。一つは、じつに、
この法を比較してゆく見取図の過度の要求にもとづくのであり、この見取図は MAURY が要求するように、新しい「体系」を発
見するのではなくして、「体系」の外部にある裁判官による（開かれた）問題思考の、またその原理の統一してゆく力を発見す
るのであり、他の一つはこのような「経験」の方法的な前提を過少に評価することにもとづくのであり、この経験は大陸の法源理
論と解説理論の徹底的な新しい方向づけより少ない何物も要求するのではなくして、それはこの理論が規則と原理からの裁判官に
よる形成の事象の把握にとって自律的な法制度の妨げになるかぎりにおいてである。ここに最も重要な企てが残っていることを比
較法学者自身よりもより多く激しく燃えるように感ずる者はない。しかし歩むことができる道程が前方にないということは、我々
こそが MAURY とともに分つことのない厭世主義である。⁽⁶²⁾

S. 342

3、我々を法律学的な法原理の宇宙法的な将来に注意を向けさせるのは今なお統一的な裁判官法形成の絶えず成長している分野
である。それは私法における国際的な仲裁裁判権である。ここでは国民的な物権規範が各々仲裁裁判官の本国にしたがって一般に
適用されるのではなく、また、普遍的に承認された法原則が仲裁判断の法的な基礎を形成する——手続法におけると同様に実体法
においても。国民史的に「構造にとられない」原理と規則からの発展はじつに国際仲裁裁判所の実務にこそよかれあしかれ結び
つけられている。多くのラント法にしたがって仲裁裁判官はまず第一に純粹の公平な決定のために権限を与えられていることはも

S. 343 ちろんであるが、この「仲裁人」の形相はますます特殊な形態としてあらわされるのであり、この形態は、当事者が法原則にもとづく決定をあきらかに放棄しないかぎり⁽⁶³⁾、この決定の背後に退くのである。通常、当事者は法の根拠を知りたいと思うのであり、法の根拠はまた再検討されうるものである。しかし、いかなる平面の法の根拠であるか。国際私法にしたがって権限を与えられた国民のつくった法の平面ではたしかにないのであり、法の根拠のもつ見通すことのできない運命性と接合する問いかけは当事者にもまた多くの場合法律学的に専門化されていない仲裁裁判官にも共感を呼ぶものではないからである。国民のつくった法と公平の⁽⁶⁵⁾始源的な二者択一の代りに、ますます多く宇宙法的な実務は国際仲裁裁判所の規程第三八条第三号の意義における普遍的に承認された法原則によって要求される⁽⁶⁶⁾。

S. 344 この宇宙法的な法原理をその存立と到達距離にしたがって学問的にあきらかにすることは、それゆえ、ここでは、国家によってつくられた以外の私法において国際法におけると同様に裁判官による規則の形成の前提である。じつにこの学問的な説明は前者におけるよりもよりはるかに緊急なことであり、その理由は法律学的にふさわしい資格を与えられた仲裁裁判官が欠如しているからである。普遍的な法原理の内容のゆたかさとその意味について不明瞭であることは、関与者のために、なかんづく仲裁機関自体のために、法にしたがう「たしかでない」決定を無視する、また仲裁人の「より実務的な」役割を優先させる最大の試みである⁽⁶⁷⁾。宇宙的な仲裁判断の法をつくりあげるためのその他の障碍は黙ってはおられない。判断とその法的原因を公に知らせることがなくしては判例法の我々によく知られた規則にしたがってあの原理の統一的な利用はつくられることができない。一般的に当事者利益はここでは各々の公示性に矛盾するのであり、また、このことは、至るところで要求された「統一的な仲裁基準」をもってその必要性が著しく強調されるけれども、真正の規則の形成を妨げる。

4、統一化された、あるいは協同化された制定法の資料にとって普遍的に承認された法原則へむかうこのような統一的な実務の重要性はあきらかである。さて、統一法が、売買法草案が第一一条第二項において提案しているように、その体系的の「一般原理」を明示して国民のつくった法の固有性の前に置くか(「国民のつくった法の適用を排除」)あるいは、置かないかどうかは、絶えずこのような国民を越える秩序の持つ適法な理由のある機能の前提の共通の規則と原理が存立していることであり、また、この規則と原理を実務的に承認することであり、また、再検討することである。このことは実体的な法原則について、同様に技芸的な

規則について、損害の計算の仕方に至るまでの解説の規則について、立証責任の規則とすべての基準、裁判官によるもの（証拠の評価）と実体的なもの（相当な危険あるいは注意）について通用する。統一法は欠缺の充足のためにも、また普遍的な法の形相（例えば契約の）に必然的に教義学的に遡る際にも国民のつくった法を引用することはできない。統一法が統一的な実務を開示しようと思うならば、「法の一般原則」の意義における、また、国際私法の「宇宙法的な」学派の意義における機能的な制度比較の意義における共通の法曹法を基礎とするにちがいない。⁽⁶⁸⁾

- (1) 同様であるのは DEL VECCHIO (N. I 34) (Beiheft 16 der ARWPhil. 1923) の翻訳やその 8, 12, 37ff. Vgl. auch E. F. C. "Rational" and "Positive" Law: 30 L. Q. Rev. 504 und die Bespr. der Arbeit von COHEN, Ethical Systems and Legal Ideals (1993) in 50 L. Q. Rev. 114.
- (2) Vgl. SAVATIER, L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle: Etudes de droit civil à mémoire de H. Capitant (1939) 729 (751).
- (3) 国際私法の規則は、註記されているように、広汎にわたって合理的な必然性を通じて学問的に決定される。それにもかかわらずこの必然性は単に実定的な衝突規範のため「指針」であるにすぎない。Vgl. AGO (N. III 158) 64, auch schon in Teoria (N. III 158) 55, 80, 91 (= Rec. des Cours de l'Acad. du Droit Int. 58 [1936] 258, 281). この必然性の一部であるのは、例えば、他国の権利高権に対する国家的な独占請求の自己限定である。この相互性は法原理として表現され（また種々様々に形成され）ることはもちろんであるが、単なる「好意」（国家間の礼讓）として表現される。北アメリカの解釈学説と実務は長い間この婉曲的な表象を固守してきた。Vgl. Supreme Court in Clunet 1925, 1067 und New York Court of Appel, Clunet 1927, 200.
- (4) 上述の第九章一七四頁以下を見よ。
- (5) フランス婚姻法のために RUPERT (N. I 92) 44ff. 「誠実」 "bonne foi" のためと VOULIN (N. II 98) を比較せよ。
- (6) 上述の第四章五四頁を見よ。そのためと DICKINSON (nach CARDOZO Paradoxes [N. I 192] 62 = Sel. Writings 287) 「殆どどの各々の法概念あるいは原理は、しかし、その反対の端において他の真反対の傾向のなかで、また特色な事案から前後の脈絡に従う事案へと二つの振子運動の間の線のなかに次第に色を変えてゆく杆の終点であると見られる。CARDOZO は、つまり Hegel の弁証法を著作によって見ることは、いか無邪気であると自分勝手に思っている。

(7) 上述の第四章六七頁を参照せよ。「国王の良心の保護者」としての大法官法廷の根源的に豊富な、また、体系からみて自由な個々の行為をイギリス風に濾過するために vgl. HANBURY (N. III 332) 及び「大法官庁がその水源であった法の川は水門のなかへ流れこみ、コモンローの裁判官がその保護者であったし、また細い滴だけが他の側にあらわれた。」

(8) 既に当初第五頁において言及した医事に関する侵襲権の問いかけのための RGE を参照せよ。「あるいは抜きんでて (—) 直接的な (—) 普遍的な関心……」

(9) この二律背反の最も有名な叙述を我々は RADBRUCH に負っている。Auf der 3. Sitzung des Inst. Int. de Phil. du Droit et de Social. Jurid. 1937, Ann. Inst. Phil. III (1938) 48 の彼の報告 "Le but du droit" を参照せよ。CARDOZO の上述の著作もまた全くこの現象に捧げられた。die Paradoxes 4 (= Sel. Writings 254) を参照せよ。すなわち「調和できないものの調和、反定立の合同、対立の合成、そこには (sc. judicial) 法の大きな問題がある。『Nomos』は、人は公正にいかも知れないところであるが、二律背反の子であり、また苦しい努力においてこの二律背反から生れる。」更に五頁。「我々は進歩の要求と調和されるべき安定性の要求を持っている。我々は自由を平等と調和させるべきであり、また、両者を秩序と調和させるべきである。個人の財産権を我々は尊重すべきであるが、しかし、我々はそれらが多くの人の福祉と安全をおびやかす点に押しつけるべきではない。我々は正義のためにその宇宙的な質を保持しなければならないし、しかも正義のために個人的であること、また特殊であるべき能力を残さなければならない。先例または制定法は、たとえ粗野であるとしても、守られるべきであり、したがって、稀ならず書かれた言葉の犠牲において守られているのであり、これら質と制定法とも衡平と良心の改善してゆく公理である。」DEMOGNE の一つの単語の変遷において CARDOZO は次のことを確認している。「司法の努力の決勝点は論理的な総合ではなくして譲歩による落着である」「一つの訴訟であり、それは学問的な視線から、核に関する出来事と同様な秘密の蔽いを取り除くのであり、この出来事はたんに表見的にのみ継続しているが、真実には、しかし「大量」に行われている。「決勝点は跳躍によって得られる」(S. 3)。

(10) 衡平との比較におけるこの機能のために「MARTIN WOLF in dem gemeinsam mit ARMINJON und NOLDE herausgegebenen Traité de droit Comparé (N. I 62) 250. Vgl. auch schon oben Kap. IX, S. 153 ff.

(11) Vgl. RIPEY (N. I 40) 61 ff., CAPTANT (N. IV 423) 11 ff.

(12) Vgl. ASCARELLI (N. I 70) und (N. IV 34) 89; s. auch AGO, Lezioni (1945) 66; ferner die oben Kap. IX, S. 178 ff. erwähnte Literatur.

(13) CARDOZO (N. I 172) 7 ff. (= Sel. Writings 255 ff.) は「事案」に関する社会——倫理的な新しい方向づけにしがたって急激な司法の変化のために精細な考察をもたらしている。

(14) HANBURY は、中世において法と衡平は「分離されないことに充分に満足しているシャム双生児の外観をあらわしている」ということを

を記すところ。

- (15) Vgl. die Schilderung der Schicksale des "déclaration des droits de l'homme" in des „IV. République" bei BOULANGER (N. I. 39) 71. Zur Lage von heute vgl. FECHNER, Die soziologische Grenze der Grundrechte (1954) (Recht und Staat, Heft 177).
- (16) 國行によつての勝つたものには「慣習法をあらたけし國によつて "Principi generali dell'ordinamento giuridico creato dal Fascismo" und die Diskussion echter Gelenkter und politischer Bannenträger (a. a. O. 7, 10, 14-19, 24-27) のなくやうとした。また同化するたは大臣の國權詔書 GRANDI 1937 によつて定められた "Convegno nazionale" (s. oben S 13) の綱領である。このきちな文句は "precise regole di diritto" (S. 5) によつてあらざるやうな。たゞ、議論された原理の内容に關してはたのちによつての理解をたるとはなからう。
- (17) 我々は同情をあらうを認めざる政治的な告白によつて決して語らるゝはなへつた次の解釈學説の法の表象によつて語らるゝである。『ならんかの有用な改革を『法の一般原理』の名によつて非難するものによつて始まるものと公理と考へた……公理は相対的の真実……あらうは部分的の真実のたをあらうとするものたをあらうたを……』(DABIN [N. II 49] 244)。
- (18) SAVATIER, des métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui (1945) 15: 「契約によつて、人間の自由がなにかを失つたのだ、それはその場所に定着する。その制定法を他人のたをた協定する政府当局者は違ひの指導者となるたすやうし、違ひは制定法によつてあらざるものたである。』
- (19) DIKOFF, L'évolution de la notion de contrat: Gedanken-schrift für H. Capitant (1939) 201; SIMONIS (N. I 24) 242; BOEHMER (N. I 74); SAVATIER a, a, O, 41 ff., Chap. III: "La technique de démolition de l'ancienne notion du contrat" ein Stück echter Rechtssoziologie.
- (20) SAVATIER a, a, O.: "L'éclatement de la notion traditionnelle du droit."
- (21) SANHOURI, Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail (1925); desgl. in Recueil Gén'y II, 148; dazu HAURIU (N. II 35).
- (22) SAVATIER a, a, O, Chap. X: „Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels", vgl. auch BOULANGER (N. I 39) 73, sowie meine "Grundlagen" (I 29).
- (23) POUND, New Paths of the Law (1950) 25 ff.
- (24) Vgl. das Kapitel "Schicksal und Planung" in meiner "Gefährdungshaftung" S. 80 ff. への終端に「様いなるものたをた、責任義務が Haftpflichtrecht と何くあらうところ、vgl. die vier Referate über die principes généraux de la responsabilité délictuelle von

de l'Acad. Int. de Droit Comp. II (1934) 2, 335 (356-366).

- (33) Vgl. die a. o. Maxime „Caveat Emptor“, dazu HAMLTON, The Ancient Maxim Caveat Emptor: 40 Yale L. J. (1931) 1133, 1156.

(35) Vgl. SAVATIER, Les transformations de la notion traditionnelle de contrat et de la propriété etc. (N. V 18) inbes. 225 ff. Zur Renaissance der laesio enormis, RIPERT a. a. O. 105 ff. und 116-127. Vgl. auch JOLOWICZ, L'origine de la laesio enormis: Recueil Lambert I, 185, und die Referate der Genter Tagung der Association H. Capitant von MAZEAUD und KLUYCKENS: Trav. Ass. Capitant I (1946) 179 und 189. 権利濫用説の終極的意義をめぐりて vgl. PERREAU II, 180; LAMBERT, Introduction, Vorwort, S. IX und XI; SCERNI (N. I 109) bes. 32 ff.

(35) 古くは中世に於いての ALLEN, Legal Morality and Ins Akutendi: 40 L. Q. Rev. 164 以下「法律は法律に於いては強制力をもたぬものである」といふことである。これを「法律は法律に於いては強制力をもたぬものである」といふことである。

(38) Vgl. E. BRUCK, L'évolution des principes généraux du droit civil grâce au droit des transports et au droit de l'assurance, Vortrag vor der juristischen Gesellschaft Zürich, S. A. aus der Revue gen. assurances terrestres (1936) Nr. 1, 10 ff. (15): „.....comment l'assurance privée en a pulvérisé les conséquences, suivant un processus lié au développement économique.“ „Le droit commun de la responsabilité civile, massif législatif, jadis infrangible, n'a plus d'application exclusive que dans les rapports de particulier en particulier; en tout autre domaine il cède le pas à des règles nouvelles.“

(38) Vgl. RINCK, Zur Wirkung der Preigesetze seit 1939: ACP 152, 482 (508): 「法律は法律に於いては強制力をもたぬものである」といふことである。権利濫用説の終極的意義をめぐりて vgl. PERREAU II, 180; LAMBERT, Introduction, Vorwort, S. IX und XI; SCERNI (N. I 109) bes. 32 ff.

(38) Im vorstehenden Zusammenhang vgl. schon die von RINCK zitierte in RGZ 88, 250. In der Familienrechtsreform meine Beispiele in JZ 1953, 521.

(38) PERREAU (N. I 28) II, 233.

(39) Vgl. SINSON, Les transformations du droit européen du divorce depuis dix ans: Rev. Droit Int. 23 (1949) 25 und LE BRAS-ANGEL, Divorce et séparation de corps dans le monde contemporain I (1952) (Travaux de recherche de l'Institut le Droit Comparé de l'Université de Paris, No. 8); USA の離婚の権利濫用説をめぐりて vgl. RHEINSTEIN (N. I 102).

(14) Oben Kap. III S. 31 ff.

(39) Vgl. v. ROTH, The Minimum Standard of International Law applied to Aliens (1949). Auch VERDROSS (N. II 36).

- (43) 「國際の法規範は、いふまでもなく一般法の原理は国内法の秩序からひきだされ、しかも具体的な状況から流出するのであり、一般の原理をめぐって法学をめぐらされたべき」MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale* (1947, 3. Aufl. 1951) 45.
- (44) Vgl. die o. a. Arbeit von BALLAORE-PALLERI, 法の一般原理は常設國際司法裁判所規程第三八条において市民國家を認めた (1931) (Bd. XI der *Publ. dell' Istituto Giurid. dell' Università di Torino*).
- (45) Vgl. ZICCARDI, *La costituzione dell' ordinamento internazionale* (1943) 399-412 (402-405). 「法律学的な」原理、法論理などの法源の性質に関する ZICCARDI のゆるなる理論との取組を私はむしろゆるなる上述の叙述を参照しながら放棄するところがいふ。
- (46) 上述の第一章二九七頁以下を見よ。
- (47) Vgl. CHESHIRE, *Private International Law* (1934) 3 und Art. 1 des amerik. *Restatements of Conflict of Laws*.
- (48) Ago 著作の國家的な基礎の上にあるこの新カント派の実証主義の最後の精神化 (N. I 111) 245 ff.
- (49) Dazu MAURY (N. I 111).
- (50) それゆえまた、NEUNER (N. I 111, 29) が証明しているように、法性決定の段階においてやはり内的な教義学的な上部構造の見取図は度外視されるにちがいない。法性決定の「衝突」を次のことにおいて、すなわち、——BARTINの周知の事例をとるために——自筆の遺言書の効力が「法律行為の形式」の問いかけとして(フランス)あるいは「個人的な能力の問いかけとして(オランダ)取り扱われるかどうかということにおいて、見ることは不合理なことである——同様に移送の問いかけならば(法廷地法あるいは本国法)が先行決定されるために。
- (51) 三五頁と二九九頁に述べられた作業、とくに RABEL (N. I 111) 241; NEUNER (N. I 111) 及び v. STEIGER (N. IV 296) を比較せよ。
- (52) RABEL a. a. O. 243; NEUNER, *Anknüpfung* 82; v. STEIGER a. a. O. 10
- (53) KAHN, *Latente Gesetzeskollisionen*: *Jher. Jb.* 30 (1891) 107 (115) は私の知る限りでは、はじめて制度の「機能的な意味の同一性」にについて語っている。制度の「抽象的な」性格に反対して RABEL 上述の箇所は正しい。何が自律的な法性決定に関して「抽象的」であるかを RABEL は、彼の「Conflict of Laws」(1947)のなかで提出している解決において示している。共通の制度の基礎を比較法的に皮をはいでとりだすことである。事例、不法行為はイギリスの國際私法によれば法廷地法にしたがって法性決定される。しかし、たんにコモロー訴訟のみが不法行為責任の法律要件として承認されることを欲するならば、管轄権あると考えられた土地の法律は既に麻痺させられ、それだけなければ切り捨てられる。「何らかの責任の外国の類型」を承認することは中性の不法行為の概念を自律的に限界づけるためのいかなる鍵も与えるものでもなく、まして普遍的な「不法行為の性格」も確認されることはできなう。(a. a. O. II, 232/33)。逃げ道、「承認された分離された特殊な不法行為責任の類型から帰納的に一般化することによって、不法行為の原理は文言化されることができる」(vgl. auch SCAVY, *Principles of torts*, 56 *Harv. L. Rev.* [1943] 72)。我々が至るところで見える不法行為責任の要素から、(1) 不法行為をおかす能力、(2) 違法性(=違法な

行為あるいは授權の不存在における一般的な義務の侵害)、(3)、因果関係、(4)、過失、(5)、固有の原告と固有の被告、(6)、(保護された利益の侵害による)損害に中性の「抽象的」でない、接合平面の不法行為概念が形成される。「(その?)人に損害あるいは危害を引き起す、他の人の(すなわち法的に保護された)利益の違法な侵害における規則の抵触の意味におけお不法行為(=違法行為)」(a. a. O. 235, Einzelanalyse 255-276)。

(54) またイタリアの方向を宣伝する二重の選別技術の上への回り道の途上ではない(CHIRARDINI-CAVAGLIERI-FEDOZZI-AGO, dazu NIEDERER [N. I 111] 78)。衝突概念ははじめに法廷地法にしたがい、次にはそうでなければ物的に適用されるべき法秩序にしたがって法的決定されるべきでない。(von SCHNITZER, 109, Qualifikation „1. und 2. Grades“ genannt)。これは既に FRANKENSTEIN によって国際私法の破産原因として認識されたフランスの法廷地法の欠陥を避けるためである。二つの教義学的な体系を通して二重の選別は実体的な有効性の「よりわけ」ではなくして、形式的なものへの機械的な縮限のみを生ずるにすぎない。「始源的なもの」は「残存しているもの」と同一ではない。

(55) Vgl. NIEDER a. a. O. 33 ff.

(56) Vgl. NIEDER a. a. O. 36.

(57) 上述の事例 RABEL: Rabelsz 5 (1931) 241 (257) を比較せよ。「後見のもとで第二三条において BGB ではなくして、全文化世界がそのもとで一般的に会得しているものが正しく理解される——正確にいえば、すべての法制度は、父権の、あるいは親の権力のなかに立っていない、完全な行為既力のない人のための代理あるいは人的配慮を規律するために定められている。」

(58) So v. STEIGER a. a. O.

(59) Vgl. MAURY (N. I 111) 433 ff. (476)

(60) a. a. O. 496 ff. (504).

(61) a. a. O. 476.

(62) 国際私法におけるこのような宇宙的な学派的将来のために特に決してそうでない。BALOGH, Le rôle du droit comparé dans le droit international privé, Recueil des Cours III (1936) 577-728 の極めて積極的な報告を比較してみよう。

(63) 訴訟的な観点 (§§1034 I, 1041 I, Cif. 3-6) と実体法的な観点 (§§ 1041 I, Ziff. 2) における法の一致に関してその最も知られた最少限の要求を伴っている——フランス、ネーデルラント、スウェーデン、若干のスイスのカントン、ドイツは同様である。E. WOLF は誤ってイングランドをもこの中に数えている (in: SCHÖNKE, Die Schiedsgerichtsbarkeit in Zivil- und Handelssachen in Europa II [1948] 52. イングランドは反対に実体的に規則への始源的な立ちつきに固着し、また、「法と当事者の適法な権利の一致において、また、人が事情のもと

で公正にして合理的と考えるかも知れないことによるのではなくして」仲裁判断を要する。Vulcan v. Mowinkels Rederi A/S etc., (1936) 2 All. E. R. & ZB. 104, s. RUSSEL-WHITE (N. III 353) 112. Vgl. auch unten N. IV 65; Dokumentationen der Rechte bei SCHÖNKE a. a. O. I (1944), II (1948), S. auch Nussbaums Jb. II (1928) 54 ff., 187 ff.; III (1931) 51 ff., 63 ff.

(49) 最近バリー——の国際商業会議所の仲裁委員会によって確認されたこの傾向のために既に PRAGER (N. III 354)「異なっているのはやはり Nussbaums Jb. I (1926) 24. 先駆的な仕事をラテンアメリカ諸国は「法の仲裁」を「仲裁人」の前に位置づけることをもってはたした (vgl. die Chil. ZPO von 1902, Art. 784 及び van LENNEPS Recueil de textes d'arbitrage [1954] 79 ff., 93 ff. における他の条文 dazu FUCHS: Nussbaums Jb. III, 51 ff., 63 ff.): 国際商業会議所 s. Zt. 25 及び一般的に承認された「私法における仲裁に関する国際法の草案」(第1草案) E. I (S. D. N. 1936, Etudes III, arbitrage Doc. 23, Rom 1936) におおむね当事者がこの成りゆきを明示に約定したときのみ、権利侵害のための仲裁判断の取消を規定していることはもちろんである。それは「しかし、この裁可が欠如する場合においても (Art. 30) 通常の事案として、法による決定から出発するのであって、公正による決定から出発するのではない。E. II は、当事者が仲裁裁判官を明示に「仲裁人」に任命したときのみ、決定は公正によって許容されるということとを第二項としてつけ加えることにより、この草案は系列化をより一層あきらかにしている。そのすべては実体的なものと考えられる。外国の領事館の与える承認書が強く求められるラントの公の秩序などの伝来的な留保 (Art. 26) と目的外行為の際の「裁判所の、あるいは判決の言葉遣いの構成におけるきわめて粗本な形式欠如の際の無効可能性 (取消) (Art. 29 ff.) の留保の例外をとまなげて手続は完全に私的自治に服するということは (Art. 15-21) 仲裁手続の本質からでてくるのであり、また、イギリスにおおむね承認されている。残念ながら普遍的に承認された手続原理へのむすびつきに関する発言が欠如している」vgl. die Kritik von DAVID, Un projet de loi uniforme sur l'arbitrage: Recueil Lambert II (1938) 884 und den „Rapport explicatif“ zum, o. a. E. III, publiziert als U. d. P. 1940-Projet III.

(50) So RABEL (N. I 47) 209 ff. 「なやみは秘密の不透明な覆いがすべての論理操作をくもらせている。」「特殊なケースに関して当事者の権利を留保しているイギリスの制度と裁判所における裁定のきまりきった批評は多くのイギリスの法律家によって歎呼して迎えられている。」

(51) Vgl. RABEL a. a. O. 一方において第一四回国際法の制度委員会の立法上の作業は国際私法にしたがって解明されるべき国内法の基礎の土での解決を求めるが無駄である。Vgl. Ann. Inst. Phil. 44 I (1952) 469 ff., insbes. die Beschlüsse, S. 471 ff. und 593 ff., 同様に構成員の注釈 s. 476 ff. 学問的な詳述のうち、特に「訴訟の底部にある適用することの出来る法」に関する報告者 SAUSER-HALL の詳述 S. 570 ff. つねにどこでもきたましますはじめに法にしたがう決定が前提とされるのであって、公正にしたがう決定が前提とされるのではない (Art. 11 u. 12). きわめて不明確であるのはここでは「私法における仲裁に関する国際法」の草案の立場であり、この立場はあきらかに法にしたがう決定を期待しているが、その基礎は未解決である。各々の事案において適用されるべき国民の法に関する一致あるいはこの点に関する国際私法

規則への拘束が期待されるのではなくして、「普遍的な法原理」のみを基礎とする際にも権利侵害のための取消が可能と考えられる——このような拘束が欲せられたらば。Vgl. S. 67 des Rapport explicatif: 「当事者が、法の一般原理が彼等の紛争の解決において尊重されるといふことを信頼すること欲するならば、彼等は明示にそれを契約しなければならぬ。」(ibid., 67) それゆえ、国民的でない法の基礎が可能として、いな再検討可能として前提され、その仕方はい「法の一般原理」という概念をもって性格づけられるが、限界づけられるのではない。またこの報告の文章は——六八頁における類似の文章と同様に——法一般にしたがう決定が、当事者の合意にのみ歩みよる例外であるとき、思いちがいにみちびくことができるであらう。しかしそうではない、その理由は、既に言われているように、第三〇条第一項及び第二項のあきらかな本文は仲裁裁判官を法にしたがう決定のための特別な授權を欠如するため義務づけるのである。それゆえ無論いふまでもなく報告は六九で註記している、「この状況は規則を構成する。草案の一般的体系……これは仲裁人は法によって判決をしなければならないということである。」このようにしてこのことは、ついにアングロサクソン観とラテンアメリカ観にも一致するものである。特別な合意は権利侵害のための取消のみ——また適用されるべき法の問いかけを必要とする。両者が欠如し、また仲裁人としての仲裁裁判官の任命が欠如するならば、まさに——これ以上定義されない——法の一般原理が基礎とされる。

(65) Vgl. DAVID in seiner Kritik der genannten E. I. a. a. O. 887.

(66) Z. B. W. A. STURGES, The Need for Modern Arbitration Laws: Arb. J. 7 (1952) 130; DERS., Some General Standards for a State Arbitration Statute: ebda, 194, vgl. auch STANLEY MOSK, The Lawyer and Commercial Arbitration: 39 Am. Bar Ass. J. 193. アメリカにおける不安は、はじめに手続の統一化のまわりをまわっていることはもちろんである。けだし、そこでは一九四七年七月三〇日付の連邦仲裁法と並んでなお四九の州法が存立しており、この州法は“Arbitration and Award”の章のもとに平均一〇から一五までのセクションを持つ関係する制定法または法典の一部である。vgl. die Aufstellung in Arb. J. a. a. O. 182-187, und den Entwurf einer Arbitration Act durch das Arbitration Law Committee of the Am. Arbitration Association: ebda, 201-209. しかるにこの手続の統一化の枠内において正規の裁判官を召喚すること(審判にたずねるならぬ命令)を通して、このようにして例えば「論争のために適当にしてかつ実体的な」証拠の申し出を拒否するために包括的な物権的な管理が得られることにつとめるのである。(sec. 17 bit. c.)。つねに公刊された先例に到達するための第一の道程である。

(69) この意義においてまたDüsseldorfにある一九五三年一〇月三〇日のドイツ——オランダの法律家会議の統一売買法の草案に関するDolleの(公刊されなかった)報告書のためのBREGSTEINの論稿。